التحكيم التجاري الدولي
أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية

الأستاذ الدكتور
محمد سامى الشوا
عميد كلية الحقوق – جامعة المنوفية

تمهيد:

التحكيم لغة من مادة " حكم"، وحكم بتشديد الكاف، تعنى طلب الحكم ممن يتم الإحتكام إليه ويسمى الحكم بفتح الحاء والكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف مشددة"[1]

ويقصد بالتحكيم فى الإصطلاح القانونى: بأنه نظام التسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض ارادقم[2].

أو هو : الطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فى نزاع معين بواسطة الغير بدلاً عن الطريق القضائى العام[3]

(1) المعجم الأساس – مادة حكم – ص٣٤٠

(2) أنظر:

Le droit francais de Juridictionnavies Joly Paris 1983, P. 5.

(3) د/ وجدى راغب ، مفهوم التحكيم وطبيعته ، الدورة التدريبية للتحكيم ، كلية الحقوق – جامعة الكويت، سنة ١٩٩٣ ص ٣. – انظر فى تعدد التعاريف : د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجاري الدولى، دار الفكر العربى سنة ١٩٨١ ص ١٩ .



حيث يرى جانب من الفقه [٤] أن التحكيم يقتضى وجود عناصر ثلاثة:

خصومة ، ومحكم يزود بسلطة الفصل فيها بقرار ملزم، واتفاق بين الخصوم على التحكيم ... وإذا انعدم أحد هذه العناصر الثلاثة ، فالأمر لا يكـون تحكيماً بالمعنى الفنى. وإذا كان التحكيم يستهدف إقامة " العدل" بين طرفى الخصومة ، فإنه يستهدف كذلك، وبذات الدرجة، الحفاظ على السلام بينهما . ذلك لأن الإلتجاء إلى التحكيم ، يراد به الحصول على حل للنزاع مع الرغبة فى المصالحة، وهو يتفادى بذلك " الثأر الخاص" . فالتحكيم اذن هو اختيار الخصوم لقاضيهم"[٥]

لذا ، فإن الالتجاء إلى التحكيم ، قد يكون تنفيذاً لأحد شروط العقد الذى تمخض عنه المنازعة، وهو الأمر الشائع فى العقود الدولية ذات الشكل النموذجى.

وتنفيذاً لمشارطة مستقلة يبرمها أطراف الخصومة أو لجوءاً إلى ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة Ad Hoc أو التحكيم الحر.

وأياً ما كان سبيل التحكيم الذى يسلكه الخصوم ، فإن التساؤل الذى ثار دائماً يدور حول الطبيعة القانونية للتحكيم ، أهو من طبيعة تعاقدية أمن من طبيعة قضائية أم بين طبيعة مختلطة أم من طبيعة ذاتية.

-د/ حسنى المصرى ، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن ، الكويت سنة ١٩٩٦ ص٣.

وتبرز بعض التعاريف الصفة النظامية:

أنظر: Jean – Robert – L'Arbitrege – droit – 1993, P. 3 .

(4) د/ محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع ، ص١٦ | ، ١٧.

(5) د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، صـ١٩، ٢٠.

لذا، فإن دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم ، ليست مسألة نظرية بحته، ولا هى ضرب من ضروب الترف الفكرى ، أو رصد للجدل الفقهى الـذى احتـدم حولها. ذلك أنه ينبنى على دراستها – فى الحقيقة – نتائج بالغة الأهمية من وجهة النظر القانونية ، لا سيما عند بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع الـنزاع، وعند طلب تنفيذ قرار التحكيم ، حيث تعد هذه المسائل مجالاً خصباً لمجادلات واسعة حتى وقتنا الحاضر، سواء فى أوساط الفقه أو دوائر القضاء.

وذلك على سند من القول : بأن الذين يرون فى التحكيم نظاماً من طبيعة تعاقدية ينتصرون لقانون الإرادة ليحكم موضوع النزاع ، ويعتبرون قرار التحكـيم مجرد " اتفاق" .

ومن ثم لا يخضع للتدرج القضائى الذى يعرفه الحكم. أما الذين يـصبغون على التحكيم الطبيعة القضائية ، فيفضل لديهم قانون محل التحكيم لحكم النزاع ، ويرون فى قرار المحكمين " حكما" يقترب تماماً من الحكم القضائى . أما هؤلاء الذين وقفوا موقفاً وسطاً أو توفيقياً، فإنهم يرون فى التحكيم نظاماً مختلطـاً أو مزدوجـاً، ويجرون فى ذلك " تطبيقاً توزيعياً" لقواعد العقد ولقواعد الحكم، ويرون فى قـرار التحكيم" حكما ذا شكل تعاقدى"[٦]

هذا ولا يزال السؤال يثور حول الطبيعة القانونية للتحكيم، لتحديد مكانه بين النظم القانونية، ويعين تحديد هذه الطبيعة على تمييز التحكيم عن النظم القانونية المشابهة، التى قد تختلط به لوجود أوجه شبه بينهما.

لذا سوف تدور الدراسة، فى هذا البحث حول طبيعة التحكيم، وتميزه عن غيره من النظم المشابهة وأشكاله وذلك على النحو التالى:

---

(6) د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، صـــ ٢٢، ٢٣.



١-الطبيعة القانونية للتحكيم.

تعددت الآراء والإتجاهات الفقهية ، حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، على نحو أدى بالبعض إلى تغليب الطبيعة التعاقدية ، فى حين اتجه البعض إلى ترجيح الطبيعة القضائية ، وحاول البعض الآخر الأخذ موقف وسط عن طريق تبنى حل توفيقى مقتضاه اعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فى حين اتجه البعض إلى تغليب الطبيعة الذاتية(٧).

وذلك على النحو التالى:

الاتجاه الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

---

(7) أنظر : بصفة عامة فى طبيعة التحكيم Jacqueline Rubellin Devichi، L'Arbitrage- Nature Juridique droit interne et droi interna tional Prive, Paris 1965 .PP. 9-25

وفى الفقه العربى انظر على سبيل المثال:

د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحيكم التجارى الدولى، المرجع السابق ، ص١٩- ٣٥.

د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦ ص ٢٤- ٤١.

د/ حسنى المصرى، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن ، المرجع السابق ص١١-١٦.

د/ فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف الإسكندرية،طبعة الاولى سنة ٢٠٠٧ ص٤٩-٥٥ .

د/ نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادى الدولى ، منشأة المعارف الإسكندرية ، الطبعة الثانية سنة ٢٠٠ ص ٢٦- ٤٢.

د/ أحمد أنعم بن ناجى الصلاحى ، النظام القانونى للتحكيم التجارى الدولى ، دراسة مقارنة ، مركز الدراسات والبحوث اليمنى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، طبعة أولى سنة ١٩٩٤ ص ١٧- ٣٤.

يذهب أنصار هذا الاتجاه [8] إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية بحتة ، وذلك على سند من القول بأن الأساس فى التحكيم هو اتفاق أو ارادة أطـــراف الخصومة، سواء أكان هذا الاتفاق بند من بنود العقد أو مشارطة مستقلة للتحكيم. كما أن مصدر قرارات التحكيم هو اتفاق طرفى النزاع. ولا تجد قوتها التنفيذية إلا فى هذا الاتفاق ومن ثم تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هـــذه القـــرارات ، وتكون واتفاق التحكيم" كل: لا يتجزأ فهما يكونان هرماً قاعدته اتفاق التحكيم، وقمته حكم المحكمين ، الذى يبدو مجرد عنصر تبعى فى عملية التحكيم.

كما أن حجية قرارات التحكيم فيما قضى به ، بعدم الطعن عليها، أساسها توافقها مع إرادة الأطراف ، كما عبروا عنها بالالتجاء إلى التحكيم[9].

ولقد لقى هذا الاتجاه ، سنداً ومباركة من محكمة النقض الفرنسية والـــتى أكدت على الطبيعة التعاقدية للتحكيم، بشكل صريح فى حكمها الـــشهير فى ٢٧ يوليو ١٩٣٧[10] ، حيث اعتبرت أن قرارات التحكيم الـــصادرة علـــى أســـاس مشارطة تحكيم ، تكون وحده واحدة مع هذه المشارطة ، وتسحب عليها صـــفتها التعاقدية .

ويترتب على الطبيعة التعاقدية للتحكيم أولا ضرورة إطلاق " مبدأ سلطان الإرادة" وترك الأمر لأطراف النزاع وقضاقم، الذين اختاروهم بمحض ارادهـــم وارتـــضوا

---

(8) فى الفقه االفرنسى :

Le droit francais de jurisdiction Nnavies , op. Cit.P. 278
klein (F.E).Autonomie de la volontéet et Arbitrage revue critique de droit .international prive, 1958, P.2. et S

(9) أنظر: فى عرض هذه الحجج دون تبنيها

(10) د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق ، ص ٢٤.

.Cass 27 Juill 1937 sirey 1938- 1- 25; Dalloz 1938-1-25.



سلفاً الخضوع لما يصدرونه من أحكام ، ومن ثم لا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان حسن سير عملية التحكيم، وذلك بوضع قواعد مقرره تسد ثغرات اتفاق الأطراف ، ولا تلجأ لوضع قواعد آمره إلا فى حدود ما يمس الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لكيان الدولة[١١].

ثانياً: أن تنفيذ معظم أحكام التحكيم يتم طواعيه ودون الإلتجاء للقضاء للحصول على أمر التنفيذ ، وحتى لو تم الإلتجاء للقضاء، فلا يعدو الأمر ، أن يكون مشابهاً لعقود الصلح التى تخضع لتصديق القضاء، ولم ينازع أحد فى الطبيعة العقدية لعقد الصلح فى مثل هذه الحالات[١٢].

ثالثاً: ان التحكيم غير المستند إلى اتفاق الأطراف والذى يطلق عليه التحكيم الإجبارى أو الإلزامى ، يخرج من نطاق المفهوم الفنى للتحكيم[١٣]

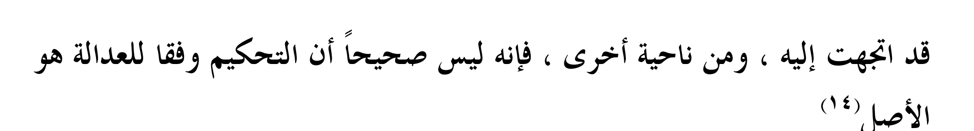
مثالب هذه الاتجاه: يلقى الاتجاه القائل بالطبيعة التعاقدية للتحكيم هجوماً يبلغ حد العنف أحياناً من جانب الفقه وذلك على سند من القول:

أولاً: أن أنصار هذا الاتجاه قد بالغوا فى إعطاء الدور الأساسى لإرادة الأطراف، فالأطراف فى التحكيم لا يطلبون من المحكم، الكشف عن أرادهم هم، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون فى الحالة المعنية فالمحكم وهو يقوم بالفصل فى النزاع مطبقاً إرادة القانون لا يلقى بالاً إلى ما قد تكون إرادة الأطراف

(11) د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ص٨.

(12) د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ص٧.

(13) د/ نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادى الدولى المرجع السابق ص ٣٠.



قد اتجهت إليه ، ومن ناحية أخرى ، فإنه ليس صحيحاً أن التحكيم وفقا للعدالة هو الأصل(١٤)

ثانياً: أن أنصار هذا الاتجاه قد بالغوا فى الاستناد إلى دور الخصوم واعتبروه الدور الرئيسى ومركز الثقل فى نظام التحكيم، فى حين أن دورهم يقتصر على مجرد تنظيم خارجي لعملية التحكيم، أما جوهر التحكيم والمحك الرئيسى فى تحديد طبيعته ، فيجب أن يرتبط بطبيعة المهمة التى عهد بها الخصوم إلى المحكمين ، والتى أقرتها التشريعات ، ومنحت المحكمين من السلطات ما يمكنهم من أداء هذه المهمة هذه المهمة هى نظر النزاع والفصل فيه بحكم ملزم لهؤلاء الخصوم، وأعمالاً لذلك يملك المحكمون تحديد إجراءات التحكيم التى يرونها مناسبة واتخاذ كافة ما يلزم من إجراءات الإثبات ، وتقدير ما يقدم إليه من أدلة ومستندات حسبما يتراءى لهم بوصفهم قضاه(١٥)

ثالثاً: أن أنصار هذا الاتجاه، والذين يهيمون فى مبدأ سلطان الإرادة – رغم أفول نجمه – يرون فى التحكيم أعمالاً لهذا المبدأ ، أى اعتباره عقداً لكنهم لم يستطيعوا أن ينفقوا على طبيعة هذا العقد. فهل هو عقد من عقود القانون العام أو عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو الموضوع وإذا قالوا انه عقد من عقود القانون الخاص، فتاره يرون فيه عقد مقاولة أو عقد عمل أو وكاله، أو هو عقد من نوع خاص(١٦).

(14) د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٥١.

(15) د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، المرجع السابق ص٣٧.

(16) د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجاري الدولى ، المرجع السابق ، ص ٣٣ ، ٣٤.



الاتجاه الثانى: الطبيعة القضائية للتحكيم:

يذهب أنصار هذا الاتجاه (١٧) إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية وذلك على سند من القول بأن التعرف على طبيعة التحكيم، يكون بالنظر إلى المهمة التى تعطى إلى المحكم فهى مهمة قضائية ، هذه المهمة تستمد من معيار موضوعى، يتمثل فى فكرة حسم النزاع وليس من معيار شكلى، يتمثل فى أننا أمام قاضى وفقاً لقانون دولة ما(١٨).

ففكرة المنازعة وكيفية حلها، هى التى تحدد طبيعة العمل الذى يقوم به المحكم ، بإعتباره " قاضياً" يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم.

فهو يفصل فى نزاع ، شأنه شأن القاضى ، ومن ثم فإن وظيفة المحكم وظيفة قضائية ، وأن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمالاً قضائية ، سواء كانت صادرة تطبيقاً لقواعد القانون أم وفقاً لقواعد العدالة، سواء صدر أمر بتنفيذها أم لم يصدر.

ومع ذلك فإن أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم قد اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم ، وذلك بين اتجاه يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية وآخر يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات

---

(17) أنظر: Fouchard (ph.):

L'arbirtage commercial international , Thése, Dijon, Dalloz 1965 P.11.

أنظر فى الفقه المصرى:

د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق ص ٣، ٣٥.

د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٥٢.

د/ أحمد أبو أوفا التحكيم الاختيارى والاجبارى ، منشأة المعارف الإسكندرية ط ٥ سنة ١٩٨٨ ص ١٩.

د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، المرجع السابق ص ٣٦، ٣٧.

(18) أنظر: فى عرض أسانيد الاتجاهات المختلفة التى تجمع حول الطبيعة القضائية للتحكيم:

د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٢٥، ٢٦.

مستقلة عن تلك الأنظمة ، خاصة عندما يكون التحكيم فى العلاقات الاقتصادية الدولية [١٩]

ويرون أن الخلط عند أنصار الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم باعتباره "قضاء" كان هو الشكل البدائى لإقامة العدالة، سبق فى الظهور تنظيم الدولة للسلطة القضائية ، كما نعرفها اليوم . ومن ثم فإن أنصار القضائية للتحكيم وقراراته هو فى الواقع إنكار لجوهرة الحقيقى. ويبدو أن الاتجاه القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم ، قد وجد ما يعززه فيما قرره قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر عام ١٩٨١ ، من وجوب تسبيب أحكام المحكمين وتضمينها بيانات معينة، فضلاً على اعترافه لها بقوة الأمر المقضى .

فقد نصت المادة ١٤٧١من هو بغير تحفظ على ضرورة تسبيب أحكام التحكيم، ونص المادة ١٤٧٢ على البيان التى يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم، وإلا تعرض للبطلان.

كما نص المادة ١٤٧٦ على تمتع حكم التحكيم بقوة الأمر المقضى بمجرد صدوره. وكذلك فيما قرره القضاء الفرنسى ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها بان التحكيم يعتبر قضاء استثنائى ، يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل فى المنازعات التى يطرحها عليه الخصوم[٢٠]

---

(19) أنظر: فى عرض تلك الآراء بصفة عامة:

د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٢٧- ٢٩ ، ص ٣٣، -٣٤.

(20) Cass. 22 oct . 1949 S. 1949 – 1- 73.

يبدو هذا الحكم ان محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت عن الاتجاه الذى أرسته فى حكمها سنة ١٩٣٧ والذى ثبت فيه الطبيعة التعاقدية للتحكيم.



ويترتب على الطبيعة القضائية للتحكيم:

أولاً: أن حكم التحكيم ، يتضمن كأى حكم قضائى حلاً لنزاع قائم بين الخصوم، ويصدر بعد مداوله وتكون له نفس الآثار التى ينتجها الحكم، خاصة من حيث أن الحكم يعتبر به القاضى عن كلمة القانون فى النزاع ، ويأمر بموجبه بإتخاذ التدابير اللازمة لكفالة احترام الخصوم لهذه الكلمة، ومن حيث تمتع الحكم بقوة تنفيذية ينقاد لها الخصوم وبعبارة وجيزة ، يعتبر المحكم – وفقا لهذا الاتجاه – قاضى حقيقى، يحكم فى نزاع حقيقى وينتهى دوره بصدور حكم حقيقى أيضاً[٢١]

ثانياً: التسليم بحق الدولة فى الدخل ، لأن القضاء أصلاً منوط بالسلطة القضائية، ويأتى التحكيم استثناء ، يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضى، فلابد أن تراقب الدولة وتتدخل بقواعد آمره تضمن سلامه إجراءات التحكيم، وسلامة الحكم، وتسمح بالطعن فيه أمام القضاء وتنظيم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم[٢٢]

مثالب هذا الاتجاه:

يؤخذ على هذا الاتجاه أن أنصاره لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائى الداخلى عند محاولاتهم لرصد طبيعة التحكيم، فالبعض يرى فيه مجرد بطانه للقضاء الوطنى، أو هو نوع من تفويض للمحكم صادر له من الدولة ، لإقامة العدالة بين الخصوم[٢٣]

---

(21) راجع : Boisseson (M.) et Juglart (M.)

Le droit francais de Juridictionnavies, Op. Cit., P. 279.

(22) د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٧.

(23) راجع فى ذلك: د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجاري الدولى ، المرجع السابق ، ص ٣٤.



الاتجاه الثالث: الطبيعة المختلطة أو المزدوجه للتحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن كلا من الاتجاهين السابقين ، قد أخطأ عندما حاول أن يضفى على نظام التحكيم فى مجمله الطبيعة الخاصة لمرحلة واحدة من مراحل هذا النظام، وتحيز كل منهما لعنصر معين وأهمل العنصر الأخر، فجاء تحليل كل منهما لطبيعة التحكيم قاصراً من ناحية ما، فى حين أن كل عنصر من عناصر التحكيم وكل مرحلة تترك أثرها فى التحليل الأخير لطبيعة هذا النظام، وبالتالى يخلص أنصار هذا الاتجاه على أن نظام التحكيم فى حقيقية لا يعد من طبيعة تعاقدية محضه كما قال أنصار الاتجاه الأول ، ولا يعتبر من طبيعة قضائية خالصة على النحو الذى أراده أنصار الاتجاه الثانى، وإنما هو نظام ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة ، يبدأ بإتفاق ثم يصير أجراء ثم ينتهى بقضاء هو قرار التحكيم[٢٤]

وهذا يعنى أن تتناوب على طبيعة التحكيم التأثيرات المختلفة لفكرة العقود وفكرة القضاء معاً ، وان القواعد التى تحكم هذا النظام أن هى إلا تطبيق توزيعى لقواعد العقد ولقواعد الحكم القضائى فى آن واحد.

فالتحكيم له صفتان ، الأولى وهى الصفة التعاقدية حيث تبدو واضحة فى اختيار الخصوم (لقضاء) التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم وأحجامهم عن التوجه نحو قضاء الدولة ، كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع ، غير أن التحكيم يغير من طبيعته التعاقدية هذه إلى طبيعة قضائية

---

(24) أنظر فى هذا الاتجاه فى الفقه الفرنسى: Ripert(G):
Traité élemen taire de droit commercial , Par R. Roblot, L.G.D.J. Paris 1968 P. 182- 183.

– وفى الفقه المصرى: د/ محسن شفيق التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق ، ص ٢٠.



بفضل تدخل قضاء الدولة ، عند ما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية . وبدءاً من أمر التنفيذ يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائى.

هذه الطبيعة المختلطة ، هى التى تفسر لنا الأحكام التى تبدو متعارضة والتى تنطبق على نظام التحكيم، فإحترام المحكم لمبدأ المواجهة والتزامه يتسبب أحكامه وأمكان رده وسلطاته فى إدارة الخصومة، والبحث عن أدلة الأثبات لا يفسرها إلا التأثير القضائى على طبيعة التحكيم، أما جواز الطعن فى حكم المحكمين بدعوى بطلان أصليه ، وقدره الخصوم على تحديد إجراءات التحكيم واختيار القانون الذى يحكم موضوع النزاع، وجه الاستئناف ، فلا يفسره سوى التأثير التعاقدى على طبيعة هذا النظام.

ويترتب على الطبيعة المختلطة أو المزدوجة للتحكيم، نتائج قانونية تختلف عن النتائج التى تترتب على الأخذ بالاتجاهين السابقين ، لا سيما عند تنفيذ قرارات التحكيم، إذ تظل هذه القرارات بمثابة " عقد أو اتفاق" ولو حازت على أمر التنفيذ، طبقاً للاتجاه القائل بالطبيعة التعاقدية البحتة ، أو أن هذه القرارات طبقاً للاتجاه القائل بالطبيعة القضائية ، تعتبر أحكاماً قضائية بغض النظر عن عدم شمولها لأمر التنفيذ أما طبقاً للاتجاه القائل بالطبيعة المختلطة أو المزدوجة ، فإن هذه القرارات وان اعتبرت " عقداً" قبل أمر التنفيذ ، إلا إنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحك القضائى ، ومن ثم تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية [٢٥].

(25) د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٣٢، ٣٣.

مثالب هذا الاتجاه:

يلقى الاتجاه القائل بالطبيعة المختلطة او المزدوجة للتحكيم هجوماً يبلغ حد العنف أحياناً من جانب الفقه وذلك على سند من القول:

أولاً: لأنه اختار أسهل الحلول ولم يتصد لجوهر المشكلة، بل أنه استبدل المشكلة الرئيسية بمشكلة أخرى، وهى كيفية تحديد العناصر التى يمكن وصفها بأنها تعاقدية ، وتلك التى يمكن وصفها بأنها قضائية، بالإضافة إلى أن الأخذ به، يمكن أن يؤدى إلى حلول متعارضة نظراً لإختلاف الدور الذى تلعبه إرادة الخصوم فى التحكيم الداخلى عنه فى التحكيم الدولى، حيث يتسع دور إرادة الخصوم على صعيد التحكيم الدولى بصورة كبيرة، نظراً لعدم وجود قضاء دولى على غرار القضاء الوطنى فى كل دولة[٢٦]

ثانياً: لأنه ربط بين أمرين التنفيذ من جهة وحيازة حكم المحكمين لحجيه الأمر المقضى وامكان الطعن فيه بوصفه عملاً قضائياً من جهة آخرى، ومثل هذا القول كفيل بإهدار كل قيمة لنظام التحكيم والغرض منه على النحو الذى أراده المشرع، بالإضافة إلى أنه يتعارض مع صريح النصوص فى التشريعات الحديثة التى تعطى للحكم حجية الأمر المقضى بمجرد صدوره (المادة ٥٥ من القانون المصرى الجديد للتحكيم)[٢٧]

الاتجاه الرابع : الطبيعة الذاتية والمستقلة للتحكيم :

ظهر مؤخراً فى الفقه اتجاه جديد [٢٨] يسعى أنصاره إلى كشف النقاب عن إشكالية الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث يذهب أنصاره إلى القول بأن التحكيم

(26) د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص ٣٧.

(27) د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص٣٨.

(28) فى الفقه الفرنسى : J.R.Devichi؛



ليس نظاماً تعاقدياً ولا نظاماً مختلطاً ، ولا يعد كذلك نوعاً من القضاء ، وإنما هو نظام ذو طبيعة ذاتية ومستقلة يختلف فى وظيفته وطبيعته وغايته وبنائه الداخلى عن القضاء ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانونى للمحكم عن الوضع القانونى للقاضى ، وذلك على سند من القول (٢٩)

أولاً: ان القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضى بهدف تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة فى العلاقات الاجتماعية، أما التحكيم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية هى التعايش السلمى بين أطراف النزاع فى المستقبل فضلاً عن العدل.

ثانياً: أن التحكيم يختلف عن القضاء فى بنائه الداخلى ، حيث يتولى قانون المرافعات تنظيم القضاء المدنى عضوياً وإجرائياً بصورة عامة مجردة . فى حين يكون التحكيم منظماً تنظيماً خاصاً بمعرفة الخصوم أو المحكمين.

ثالثاً: خضوع المحكم باعتباره قاطياً خاصاً أو عاماً لنظام قانونى مغاير لذلك الذى يخضع له القاضى من حيث صلاحيته ومسئوليته وسلطاته ، فلا يشترط فيه ما يشترط فى القاضى من صفات، ولا يخضع لقواعد المخاصمة إذا أخطأ ولا يعد

L'arbtrage : Nature Juridique , droit interne et droit international Prive ; Op. CiT .No 14 p. 17 et 18 et No 583 p. 364 et 365

فى الفقه المصرى:

– د/ حسنى المصرى ، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص ١٦ .

– د/ وجدى راغب ، هل التحكيم نوع من القضاء ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، السنة ١٧ العدد الأول والثانى، مارس ويونيو سنة ١٩٩٣ ص ١٣٥.

(29) انظر فى عرض هذه الحجج دون تبنيها.

د/ على بركات خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ص ٣٤، ٣٦.

منكراً للعدالة إذا امتنع عن أجاء عمله ولا يملك سلطة الجبر والأمر الـتى يملكهـا القاضى.

رابعاً: أن حجيه أحكام المحكمين تختلف فى شروطها ومداها عـن حجيـه الحكم القضائى ، حيث تحول حجيه الحكم القضائى دون تعديله أو الغائه إلا بطريق الطعن عليه، وفقاً للقانون ومن ثم لا يجوز رفع دعوى أصليه ببطلان الحكـم إلا فى حالة أنعدامه، فى حين يجوز رفع دعوى أصليه ببطلان حكم المحكمين ، لأى سـبب أسباب البطلان التى ذكرها القانون، سواء تعلقت بإتفاق أو بإجراءاته أو بـالحكم ذاته.

خامساً: أن حكم المحكمين لا يتمتع بقوة تنفيذية فى ذاتـه مثـل الحكـم القضائى ، وإنما يلزم لتنفيذه صدور أمر بذلك من السلطة القضائية فى الدولة، وبهذا فإنهما لا يستويان حتى إذا صدر هذا الأمر لحكم المحكمين ، لأن القوة التنفيذية لأى عمل قانونى لا تجعله عملاً قضائياً إذا لم يكن بطبيعته كذلك ، بدليل أن المحـررات الموثقة ومحاضرا الصلح المثبتة فى محاضر جلسات المحاكم، تصلح سـندات تنفيذيـة دون أن يغير هذا من طبيعته العقدية ، ويجعلها أحكاماً قضائية.

مثالب هذا الاتجاه:

لم ينج الاتجاه القائل بالطبيعة الذاتية والمستقلة للتحكيم هو الآخر من مهام النقد التى وجهت إليه وذلك على النحو التالى:

أولاً : أن هذا الاتجاه قد ربط بين مرفق القضاء باعتباره أحـد سـلطات الدولة وبين فكره القضاء فى معناها المجرد، وهو الفصل فى المنازعات طبقاً لأحكـام القانون عن طريق شخص محايد، لم توجه إليه القاعدة القانونية التى يطبقهـا، وهـو ربط خاطئ ، لأن مهمة القضاء فى معناها السابق قد يتم ممارستها من خلال سـلطة



القضاء الرسمى فى الدولة، وقد يتم ممارستها عن طريق أشخاص عاد بين بعيدا عن مرفق القضاء ، بدليل ان المشرع ، أجاز لبعض الموظفين العاديين ممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات مثل لجان الطعن الضريبى فى القانون المصرى [٣٠].

ثانياً: ان هذا الاتجاه قد ربط – ربطاً خاطئاً للمرة الثانية – بين القضاء وبين تطبيق القانون من جهة وبين التحكيم وبين تطبيق الاعراف او العدالة من جهة أخرى، وهذا ليس صحيحاً على طول الخط،ـ لأن نصوص القانون ليست سوى مصدر واحد من مصادر التشريع ، ويستطيع القاضى فى حالة عدم وجود نص الاستناد إلى الاعراف أو إلى قواعد العدالة الطبيعية، وهو نفس الدور الذى يلعبه المحكم، بل أنه يستطيع – حتى فى حالة التفويض بالصلح – أن يطبق قواعد القانون تطبيقاً حرفياً إذا رأى أن العدالة تكمن فى هذا التطبيق الحرفى وغالبية الممارسين للتحكيم يفضلون عدم الخروج على القانون إلا فى أضيق نطاق حتى ولو كانوا مفوضين بالصلح ليضمنوا تنفيذ أحكامهم[٣١]

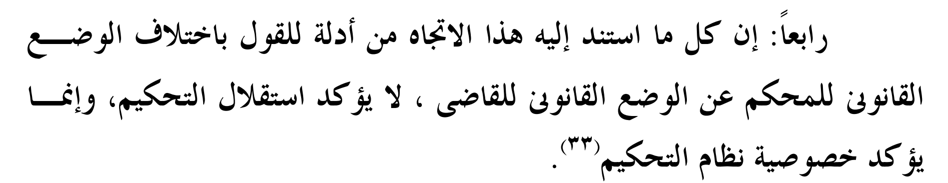
ثالثاً: ان الاستناد إلى التنظيم التشريعى للقضاء لتمييزه عن التحكيم هو فى الحقيقة استناداً إلى عوامل خارجية بعيده عن جوهر العملية القضائية نفسها، فكون القضاء منظماً تنظيمًا عضوياً وإجرائيا بصورة عامة مجرده، وكون التحكيم منظماً تنظيماً خاصة بمعرفة الخصوم أو المحكمين لا يعنى اختلافهما فى الطبيعة ، ولكن يعنى أن هذا قضاء عام وذاك قضاء خاص[٣٢]

د. محمد سامى الشوا

(30) د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص ٣٨.

(31) د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص ٣٨.

(32) د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص٣٩.



رابعاً: إن كل ما استند إليه هذا الاتجاه من أدلة للقول باختلاف الوضع القانونى للمحكم عن الوضع القانونى للقاضى ، لا يؤكد استقلال التحكيم، وإنما يؤكد خصوصية نظام التحكيم(٣٣).

٢- تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة

تبدو أهمية هذا التميز فى أن التحكيم ليس هو النظام الوحيد الذى يتدخل فيه شخص من الغير – مختار بمعرفة الخصوم- فى علاقاتهم التعاقدية ، فالغير قد يتدخل فى علاقة الخصوم على أكثر من وجه: كخبير، أو كوكيل ، أو كوسيط أو كمحكم ، فما هو المعيار الذى يمكن عن طريقه التميز بين التحكيم كطريق لفض المنازعات وبين كل من التوفيق والصلح والخبرة وهذا ما سوف نقف عليه الآن.

أولاً: التحكيم والتوفيق(٣٤)

الاتفاق على الالتجاء الاختيارى للتحكيم، يعنى قبول الأطراف لقرار المحكم الذى يفصل فى النزاع. فالتحكيم اختيار نهائى لطريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء ، ولذلك لا يعد اتفاق تحكيم ، الاتفاق المقترن بتحفظ طرف أو الأطراف واحتفاظهم بحق اللجوء للقضاء وطرح قرار المحكم.

---

(33) للمزيد راجع:

– د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص الموضع السابق.

(34) أنظر: فى التمييز بين التحكيم والتوفيق بصفة عامة.

د/ حسنى المصرى التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن، المرجع السابق ص١٨.

د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٦.

د/ فتحى والى قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ص ٢١.

د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون لمقارن، المرجع السابق، ص ٥٦.



فالأطراف عندما يتفقون على التحكيم لا يعهدون للمحكم محاولة الوساطه أو التوفيق مع بقاء الحق فى طرح النزاع على القضاء إذا باءت هذه المحاولة بالفسل[35]

أما التوفيق فهو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسويه وديه عن طيق الموافق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف . ويتولى الموفق تحديد مواضع النزاع ويقدم مقترحاته التى قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى منهم قبولاً ، فهو لا يصدر قرارات ، وإنما يقدم مقترحات يظل أمرها معلقاً على قبول الأطراف ، فإذا لم تفلح المحاولة، كان باب التقاضى متاحاً لأطراف النزاع[36]

وهكذا يبدو التوفيق نظاماً ارادياً محضاً ابتداء وانتهاء ، لذا يكون رأى لجنة التوفيق غير ملزم لأطراف النزاع ، وبالتالى قد لا ينتهى التوفيق إلى إنهائه فى كل الأحوال، بينما يكون حكم التحكيم ملزماً للخصوم ومنهياً للنزاع بإعتباره متمخضاً من نظام تحكيم قضائى حقيقى[37].

ثانياً: التحكيم والصلح:

الصلح هو عقد يحسم به الأطراف نزاعاً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يترل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (المادة ٥٤٩ مدنى مصرى) والصلح كالتحكيم يفترض نزاعاً بين الأطراف ويتشابها فى أن كليهما

---

(35) د/ محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص١٦.

(36) د/ محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٦.

(37) د/ حسنى المصرى ، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن ، المرجع السابق ص ٢٠.

يتحسم به النزاع، علاوه على أن ما يمتنع فيه الصلح يمتنع فيه التحكيم، على أساس ما يعرف بعدم قابلية الموضوع للتحكيم[٣٨]

ولكنهما يختلفان فى وسيلة حل النزاع فبالصلح يتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية سلوكه حتى نهايته ، فى حين ان التحكيم يبدأ بإتفاق من االطرفين ولكن لا سيطره لهما عليه بعد بدء اجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم.

وعلى ذلك ، انه فى الصلح يتم حل النزاع بعمل تعاقدى ، أما فى التحكيم فيتم حله بعمل قضائى يصدر من المحكم وليس من الطرفين.

ومن ناحية أخرى فإنه فى الصلح يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه ، أما فى التحكيم ، فإن المحكم يمكن أن يحكم لطرف بكل ما يدعيه، ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح[٣٩]

كما يختلفان من جهة أخرى ، فى أن التحكيم ينتهى بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية ، دون أن تمتد سلطة قاضى التنفيذ للنظر فى الموضوع، إما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذى يجعله صالحاً لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية[٤٠]

ثالثاً: التحكيم والخبره:

يختلف التحكيم عن الخبرة ، لأن مهمة الخبير ، تقتصر على أبداء الرأى فى مسألة معينة دون أن يكون رأيه ملزماً للخصوم أو للهيئة المختصة بنظر النزاع

(38) د/ محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص١٧.

د/ حسنى المصرى التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى ، والقانون المقارن ، المرجع السابق ، ص ٢٠ .

(39) د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٢٠.

(40) د/ محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٧، ١٨.



(محكمة أو هيئة تحكيم) ، فهو لا يفصل فى التراع ، وإنما يعين على استجلاء جانب غامض منه، ولذا لا يعتبر محكماً[41]

أما المحكم فيفصل فى نزاع بحكم ملزم لأطرافه[42] ويظل هناك فارق بين الخبير والمحكم يتعلق بكيفية أداء كل منهما للمهمة المنوطة به ، فالمحكم يصدر قراره بناء على ما يقدمه له الأطراف من مستندات ومرافعات، أما الخبير فهو يعتمد على " معلوماته وخبراته" فضلا عما يقدمه له الأطراف من معلومات ، فالخبير له التصدى وابداء رأيه دون حاجة للرجوع للأطراف، وهو ما لا يتسنى للمحكم، الذى يتحتم عليه تخويل الأطراف امكانية تقديم مستنداقم ، وحق كل طرف فى الاطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر ، فهو يقوم بدور مشابه لدور القاضى[43]

٣– أشكال التحكيم المختلفة

تتعدد أشكال وصور التحكيم، بإعتباره وسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات حسب ما إذا كان يستند إلى اتفاق خاص ويكون الالتجاء إليه بإرادة أطراف الخصومة ، أو مفروضاً عليهم بنص القانون فى بعض المنازعات، ويجعله أمراً واجباً ، لا يستطيعون معه رفع منازعاقم إلى القضاء العام فى الدولة فينقسم إلى التحكيم الاختيارى والتحكيم الاجبارى.

(41) د/ محسن شفيق التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٤، ١٥.

(42) د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى لنظرية والتطبيق ، المرجع السابق ص ٢٦.

للمزيد حول المعايير التى قال بها الفقه والقضاء للتفرقة بين التحكيم والخبرة

أنظر: د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، المرجع السابق ، ص ٤٤ وما بعدها.

(43) د/ محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٨، ١٩.

أو حسب ما تكون عليه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطاً كان، أم مشارطه – عند قيامها بالفصل فيه بحكم تحكيم، يكون ملزماً لأطراف الخصومة، بحسب ما إذا كانت هيئة التحكيم ملتزمة بتطبيق قواعد القانون الوضعى الموضوعى، أو غير ملتزمة بتطبيقها ، فينقسم إلى التحكيم بالقانون (أو التحكيم العادى أو التحكيم بالقضاء). والتحكيم مع التفويض بالصلح.

هذا وقد يختلف أسلوب نظام التحكيم، الذى يصاغ فيه، فى ضوء اختيار أطراف الخصومة لطريقة نظام التحكيم ، وكيفية الفصل فى منازعاتهم ، بحسب ما إذا كان ذلك يتم فى إطار مراكز ، أو مؤسسات دائمة لنظام التحكيم، ثم الإحالة إليها وغلى قواعدها ، فى الاتفاق على التحكيم، أو أن يتخذ التحكيم صورة اتفاق أطراف الخصومة على إجراءات التحكيم وفق ما يحقق مصالحهم الخاصة، مسترشدين بما ورد من القواعد التشريعية الوضعية المتعلقة بنظام التحكيم[٤٤] ملتزمين بما يكون منها نصوصاً قانونية أمره ، فينقسم إلى التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى .

وقد تتعدد الأوصاف التى تلحق بالتحكيم، فهو يوصف بأنه وطنى أو محلى، كما قد يوصف بأنه أجنبى ، وهذا التحكيم الأجنبى ، قد يراه البعض مرادفاً للتحكيم الدولى، بينما تتجه أراء أخرى إلى عدم وجود علاقة طرديه بين الوصفين، فالتحكيم قد يكون أجنبياً وليس دولياً ، حيث تتعدد الاجتهادات بشأن المعيار المقترح لحسم وتحديد وصف التحكيم، فثم قائل بمعيار مكان التحكيم وقائل بمعيار

(44) سواء وردت ضمن قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أم وردت فى شكل قانون خاص كقانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.



القانون واجب التطبيق أو قائل بفحص طبيعة النزاع [٤٥] فينقسم إلى التحكيم الوطنى والتحكيم غير الوطنى. وهذا ما سوف نقف عليه الآن.

أولاً: التحكيم الاختيارى والتحكيم الاجبارى:

نظام التحكيم قد يكون اختيارياً ، وقد يكون إجبارياً ويختلف هذان النوعان من نظام التحكيم ، من حيث مبدأ الالتجاء إليه.

فيكون التحكيم اختيارياً ، إذا كان الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف ذوى الشأن ويستند إلى اتفاق خاص، ويستمد وجوده من هذا الاتفاق ، والذى يخضع للقواعد العامة فى النظرية العامة للعقد بصفة عامة ، فضلاً عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنية والتجارية، أو المنصوص عليها فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم[٤٦].

ورغم أن أساس التحكيم الاختيارى هو الإراده الحره للطرفين ، إلا أنه الواقع العملى ، يشهد أحياناً تحكيما اختيارياً يضطر أحد الطرفين إلى قبوله[٤٧] ، بسبب القوة الاقتصادية للطرف الأخر، وحاجة الطرف الأول إلى إبرام العقد الأصلى معه ، لما يقدمه له من تمويل، وقد يقبل الطرف ليس فقط التحكيم، بل أيضاً شروطاً غير ملائمة له ، كإجراء التحكيم فى بلد أجنبى أو وفقا لنظام مركز تحكيم

(45) أنظر: د/ محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٩.

(46) كقانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية انظر فى تعريف التحكيم الاختيارى: د/ محمود السيد عمر التحيوى ، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠٢ ص ١٤٩.

د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى لنظرية والتطبيق ، المرجع السابق ص٣٢ .

د/ محسن شفيق التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ص٦.

(47) أنظر: د/ محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ص٧.

د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٣٢.

باهظ التكاليف أو الإنفاق على محكم لا يرغب فيه، ولكن يفرضه الطرف الأخر أو يفرضه مركز التحكيم ، ورغم هذا الاضطرار ، فإن هذا التحكيم يعتبر تحكيماً اختيارياً .

وإذا كان ما تقدم ، هو الأصل ، فإن هذا لا يمنع الأنظمة القانونية من أن تجعل من نظام التحكيم فى بعض المنازعات بين الأفراد والجماعات أمراً واجباً ، لا يملكون معه رفعها أمام القضاء العام فى الدولة ، والذى لا تكون له فى هذه المنازعات سلطة الفصل فيها باتداء، وإنما يتعين على الأفراد والجماعات ، إن أرادوا الفصل فيها الالتجاء الى نظام التحكيم، وهذا النوع من نظام التحكيم هو ما يعرف بالتحكيم الإجبارى(٤٨)

والذى عرفه البعض بأنه التحكيم الذى يتم عن طريق هيئة التحكيم بنص عليها القانون ويلزم الأطراف باللجوء إليها، ويبين طريقة تشكيلها والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها(٤٩) .

أو التحكيم المفروض على الخصوم بنص القانون(٥٠)

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على عدم دستورية النص التشريعى الذى يفرض التحكيم اجباراً على الخصوم، فحكمت بأنه (٥١)" لا

(48) أنظر: د/ محمود السيد عمر التحيوى ، أنواع التحكيم ، المرجع السابق ، ص ١٥١، ١٥٢.

د / فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(49) د/ حسنى المصرى ، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن، المرجع السابق ص١٤.

(50) د/ محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ص ١٣.

(51) المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢٠٠٣/٥/١١ فى القضية رقم ٣٨٠٠ لسنة ٢٣ ق. دستورية وجلسة ١٩٩٩/٧/٣ فى القضية ١٠٤ لسنة ٢٠ ق دستورية . وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت المحكمة بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣.



يجوز بحال من الأحوال ان يكون التحكيم اجبارياً يزعن غليه أحد الطرفين انقاذاً لقاعدة قانونية آمره لا يجوز الاتفاق على خلافها ، ذلك ان التحكيم مصدره الاتفاق .. واليه ترتد السلطة الكاملة التى يباشرها المحكمون " فالتحكيم " وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل فى نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بالتالى بإسناد من الدولة .

ولهذا فإنه :" إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية آمره دون خيار فى الالتجاء إلى القضاء فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضى الذى كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين" .. إذ " أن المقرر ان التحكيم لا ينزع من القضاء ولايته فى الفصل فى كافة المنازعات ابتداء إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه"[٥٢] وعلى الرغم من ذلك، فإن الرأى جرى على دستورية التحكيم الاجبارى الذى ينظمه القانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته باعتبار انه لا يقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح ، بل تنتهى جميعها فى نتيجتها إلى جهة واحدة هى الدولة فضلاً عن تراسى أحد أعضاء الهيئات القضائية لهيئة التحكيم[٥٣]

---

(52) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢٠٠٢/١/١٣ فى لقضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ ق دستورية وقد قضى الحكم بعدم دستورية المادة ٥/١٠ والمادة ٥٢ من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ وبسقوط نصوص المواد ٥٣ن ٥٤ ، ٥٥، ٥٦ ، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٢، من هذا القانون والمادتين ٢١٠، ٢١٢ من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون وهى المنظمة للتحكيم الاجبارى وهو ما يؤدى الى بطلان حكم التحكيم الاجبارى المستند إلى هذا النصوص.

(53) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٢٠٠٣/٥/١١ فى القضية رقم ٩٥ لسنة ٢٠ ق دستورية وانظر د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ص ٣٤.

أما على صعيد العلاقات الدولية فنجد حالات للتحكيم الاجبارى ومن ذلك ما تقضى به المادة ٩٠ من الشروط العامة لدول " الكوميكون سنة ١٩٦٨[٥٤].

حيث تنص على ": كل المنازعات التى تنجم عن العقود أو تتولد بمناسبته يجب عرضها على التحكيم ، مع استبعاد اختصاص المحاكم العادية بذلك ويكون عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر فى هذه المنازعات فى بلد المدعى عليه أو فى بلد ثالث عضو فى مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة ، حتى اتفق أطراف النزاع على ذلك.

ثانياً: التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح:

يعرف التنظيم القانونى نوعين من التحكيم ، يختلفان من حيث سلطة المحكم فى تطبيق القانون إلى نوعين: [٥٥]

(54) هذه الشروط هى التى تحكم البضائع بين منظمات التجارة الخارجية فى بلاد الكوميكون
للمزيد حول الشروط العامة لدول الكوميون سنة ١٩٦٨ ومجلس التعاون الاقتصادى المتبادل وهى (الكوميكون). وهو عبارة عن منظمة اقليمية حكومية انشئت عام ١٩٤٩ من قبل عدة دول اشتراكية وتم تعديل ميثاقه عام ١٩٥٩ ، ومنذ عام ١٩٦٢ أصبح للكوميكون لجنة تنفيذية دائمة تضم ممثلين من كافة الدول الاعضاء ، ويهدف إلى تطوير اقتصاديات الدول وتنظيم التعاون بينها وكان من مظاهر هذا التعاون تنشيط التبادل التجارى بين الدول الأعضاء.
تتم وضع قواعد تحكم صفقات التجارة الخارجية التى تبرمها هذه الدول فيما بينها واطلق عليها الشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات التجارة الخارجية للدول الاعضاء فى مجلس التعاون الاقتصادى.
راجع فى ذلك : كمال إبراهيم ، التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى ، طبعة اولى سنة ١٩٩١ . ص ٦٢ وما بعدها ، ص ٩٨.

(55) يرى البعض أن القانون المقصود هنا هو القانون الموضوعى فى مقابلة القانون الاجرائى فذلك هو المعيار المميز للتحكيم بالصلح.
أنظر: د/ فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ص٣٧.



فى النوع الأول منه يلتزم المحكم بالتطبيق الحرفى للقواعد القانونية الواجبة التطبيق . وهو ما يطلق عليه التحكيم بالقانون[٥٦] أو التحكيم العادى[٥٧]

أما فى النوع الثانى، فإن المحكم يلتزم بالبحث عن حل عادل ومنصف يلائم النزاع ، ولو استلزم ذلك عدم الالتزام الحرفى بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق ، طالما كان ذلك فى إطار احترام النظام العام وهو ما يطلق عليه بالتحكيم بالصلح والذى يلزم لجوازه الاتفاق الصريح بين الأطراف على تزويد المحكم بسلطة التحكيم بالصلح [٥٨] أو على إعفائه من التقيد بالقانون الواجب التطبيق[٥٩]

الأمر الذى جعل البعض يطلق على هذا النوع من التحكيم ، بالإضافة إلى مصطلح التحكيم بالصلح أو التحكيم مع التفويض بالصلح مصطلح التحكيم الودى[٦٠] أو التحكيم المنشئ لمواءمه ودية[٦١]

---

(56) د/ نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادى الدولى ، المرجع السابق ص ٥٧.

(57) أنظر فى استخدام هذا المصطلح : د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق المرجع السابق ص ٣٧.

– و د/ محمود السيد عمر التحيوى ، أنواع التحكيم المرجع السابق ص ١٧٨.

(58) د/ نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية إمام التحكيم الاقتصادى الدولى ، المرجع السابق ص ٥٧.

(59) د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٣٨.

أنظر فى دراسة أحكام نظام التحكيم مع التفويض بالصلح:

E.MEZGER : De la distinction entre l'arbitre dispense d'oserver les regles de la loi et L'arbitre statuant sans sppel – Dalloz , 1970 p.154 et s.

د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها.

(60) أنظر فى استخدام هذا المصطلح: د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ص ١٧٦.

ولقد نص قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على جواز منح المحكم سلطة التفويض بالصلح بشرط الاتفاق الصريح بين الأطراف على ذلك الأمر[٦٢]

كما أجازت معظم القوانين الداخلية والمعاهدات الدولية ولوائح التحكيم ان يتفق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية ، والتمتع بسلطة البحث عن حل عادل ومنصف يلائم النزاع (المادة ٣/١٧ من قواعد التحكيم تحت رعاية المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٨ ، المادة ٢/٣٣ من قواعد تحكيم لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى لسنة ١٩٧٦).

ثالثاً: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى

ينقسم نظام التحكيم إلى صورتين أخريين، وهما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى وأساس هذا التقسيم ، إن أسلوب نظام التحكيم يصاغ ، فى ضوء اختيار أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، لطريقة التحكيم الحر أو لطريقة التحكيم المؤسسى فقد يكون التجاء أطراف النزاع لفصل فى النزاع إلى التحكيم الحرن كما يمكن أن يكون التجائهم على هيئات التحكيم الدائمة والمنتشرة فى جميع انحاء العالم.

(61) أنظر فى استخدام هذا المصطلح: د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ١٤٣، ١٤٤.

(62) حيث تنص المادة ٤/٣٩ على أنه : يجوز لهيئة التحكيم ، إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضهما بالصلح ان تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون تقيد بأحكام القانون" كذلك المادة ١٤٧٤ ، المادة ١٤٧٩ من قانون المرافعات الفرنسى.



وذلك على النحو التالى:

التحكيم الحر [٦٣] أو تحكيم الحالات الخاصة[٦٤] ، هو الصورة المعروفة أصلاً للتحكيم، ويقصد به التحكيم الذى يقوم فيه الأطراف أنفسهم – وفقاً لما يخوله لهم القانون – بإختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم واجراءاته بعيداً عن أى مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم[٦٥] ويعتبر التحكيم الحر، هو التحكيم الأكثر وفاءاً لخصيصة سرية التحكيم، ومن ثم يعد من أكثر الأنواع ملائمة لعلاقات الاقتصادية التى تتطلب السرية، كما هو الشأن فى علاقات نقل التكنولوجيا كذلك يعد التحكيم الحر من حيث عدم وجود منظمة تديره الأكثر ملائمة من الناحية السياسية للتحكم الذى يكون احد أطرافه دولة لذا يسود هذا النوع من التحكيم فى بعض المنازعات كما هو الحال فى المنازعات البحرية الدولية ، ومنازعات اعادة التأمين[٦٦].

(63) انظر على سبيل المثال فى استخدام هذا المصطلح:

د/ أبو زيد رضوان الاسس العامة فىالتحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٢١.

د/ عاطف محمد راشد الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنوفية ، سنة ١٩٩٥ ص ٨٥.

د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٣٨.

(64) انظر على سبيل المثال فى استخدام هذا المصطلح:

أبو زيد رضوان الاسس العامة فىالتحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٢١.

(65) د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ص ٣٨.

(66) للمزيد راجع: د/ عاطف محمد راشد الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ،المرجع السابق ، ص ٨٧ – ٩٠ ، ص ١١٢– ١١٥ ، د/ نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادى الدولى، المرجع السابق ص ٥٠.

التحكيم المؤسسى [٦٧] أو التحكيم المقيد[٦٨] ، ففيه يتفق الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيم دائمة سواء كانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز واجراءاته وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين او أحدهم حسب اتفاق الطرفين، أو يقوم بمراجعة حكم التحكيم ، حسب ما تنص عليه لائحته[٦٩] وقد اعترف قانون التحكيم المصرى بطلا النوعين ، إذ تنص المادة ١/٤ من قانون التحكيم على أن " ينصرف لفظ التحكيم فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحر سواء كانت الجهة التى تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك[٧٠].

---

(67) أنظر على سبيل المثال فى استخدام هذا المصطلح:

د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص٣٨.

د/ عاطف محمد راشد الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص٨٥.

(68) أنظر على سبيل المثال فى استخدام هذا المصطلح:

د/ محمود السيد عمر التحيوى ، انواع التحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨.

(69) د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٣٨.

(70) ومن امثلة مراكز التحكيم الوطنية المتخصصة:

ما نصت عليه المواد من ٥١ إلى ٩١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة من إنشاء " مركز تسوية المنازعات ، لتسوية المنازعات بكل منطقة اقتصادية خاصة (المادة ٥١).

ومن أمثلة منظمات ومراكز التحكيم الدولية:

المركز الدولى لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن ، محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية فى باريس ، المركز الاقليمى للتحكيم التجارة الدولى بالقاهرة ، محكمة لندن للتحكيم الدولى ، المجلس الهندى للتحكيم جمعية التحكيم الامريكية A.A.A ، مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون الخليجى، ومن أمثلة المراكز الدولية المتخصصة فى نوع معين من المنازعات: المركز الدولى لتسوية



رابعاً: التحكيم الوطنى والتحكيم غير الوطنى

يسود اضطراب شديد، يؤدى إلى اللبس فى استخدام الكيوف القانونية التى تلحق بالتحكيم ، فهو يكيف بأنه وطنى او محلى، كما قد يكيف بأنه أجنبى، وهـذا التحكيم الأجنبى ، قد يراه البعض مرادفاً للتحكيم الدولى، بينما تتجه أراء أخـرى على عدم وجود علاقة طردية بين التكييفين .فالتحكيم قد يكون اجنبيـاً ولـيس دولياً.

وتتعدد الآراء والاتجاهات الفقهية ، بشأن وضع معيـار لحـسم وتحديـد تكييف التحكيم، فثم قائل بمعيار مكان التحكيم، وآخر بمعيار القـانون واجـب التطبيق وثالث قائل بطبيعة النزاع(٧١) فلكل معيار من هذه المعايير قيمته النـسبيه ، ولكن لم ينج احداها من الانتقاد ، وهذا يكشف عن صعوبة وضع معيار عام مجرد، يطرد حكمه فى جميع الأحوال. لذا فقد ذهب جانب من الفقه(٧٢) إلى القول بأننـا نكون بصدد تحكيم داخلى "وطنى" إذا تعلق الأمر بعلاقة وطنيه بحته مـن حيـث الأطراف وموضوع العلاقة ومكان التحكيم. كما ذهب هذا الجانب الفقهى(٧٣) إلى

د. محمد سامى الشوا

منازعات الاستثمار ICSID فى واشنطون بالولايات المتحدة الامريكية وهو مركز يتبع البنك الدولى ، وقد تم انشاؤه باتفاقية ابرمت فى ١٨ مارس سنة ١٩٦٥ ويختص فقط بالمنازعات المتعلقة بالاستثمار ، والتى تقوم بين احدى الدول الموقعة على الاتفاقية ورعايا دولة أخرى موقعه عليها.

مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية بمدينة جنيف

راجع فى ذلك: د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٣٩، ٤٠.

(71) أنظر فى ذلك: د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق ، ص ١٩.

د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع الـسابق ، ص ٥٠ ومـا بعدها.

(72) محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق ، ص١٩.

(73) محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق ، ص٢٠.

تبنى مكان التحكيم كمعيار للتفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الأجنبى ، دون الاهتمام بجنسيه الأطراف أو طبيعة النزاع . فالتحكيم يكون أجنبياً ، إذا تم خـــارج الدولة حتى ولو كان أطرافه وطنيين، وتعلق بعقد أو علاقة محلية بحته. والأمر نفسه لو كان أحد الأطراف وطنياً والأخر ، حيث لا يوصف هذا التحكيم بأنـــه دولى ، لمجرد وجود أجنبى.

كما ذهب هذا الجانب الفقهى[٧٤] إلى تبنى طبيعة النزاع كمعيار للتفرقة بين التحكيم الوطنى والأجنبى من ناحية والتحكيم الدولى من ناحية أخرى.

فالتحكيم يكون دوليا إذا اتفق عليه بشأن علاقة تنتمى لطائفة " علاقـــات التجارة الدولية" ولا أهمية بعد ذلك لجنسيه الأطراف أو مكان التحكيم او القانون واجب التطبيق. فلو قام مصرى مقيم فى دولة أجنبية بتصدير آلات غزل لمـــصرى مقيم فى مصر، واتفقا على تسوية ما قد يثور بينهما من منازعات عن طريق تحكـــيم يجرى فى مصر، فإن هذا التحكيم يعتبر دولياً رغم اتحاد جنسية الأطراف ، ورغـــم جريان التحكيم على أرض الدولة التى ينتمون إليها، ولا يعتبر هذا التحكيم وطنيـــاً ولا يخضع حتماً للقانون المصرى.[٧٥]

(74) محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق.

وانظر فى تأييد معيار طبيعة المنازعة للتفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى .

د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٦٦.

(75) أنظر: محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق ، ص٢٠.



قائمة المراجع

١– د / أبو زيد رضوان الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨١.

٢– د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى ، منشأه المعارف ، الاسكندرية ، ط ٥ ، سنة ١٩٨٨.

٣– د/ أحمد أنعم بن ناجى الصلاحى، النظام القانونى للتحكيم التجارى الدولى، دراسة مقارنة ، مركز الدراسات والبحوث اليمينى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع طبعة اولى سنة ١٩٩٤.

٤– د/ حسنى المصرى ، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن ، الكويت ، سنة ١٩٩٦.

٥– د/ عاطف محمد راشد الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنوفية ، سنة ١٩٩٥.

٦– د/ على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦.

٧– د/ فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف الإسكندرية ، طبعة اولى سنة ٢٠٠٧.

٨– كمال إبراهيم ، التحكيم التجارى الدولى ، دار الفكر العربى ، طبعة أولى سنة ١٩٩١.

٩– د/ محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى ، دراسة فى قانون التجارة الدولية ، دار النضهة العربية ، بدون سته طبع .

١٠– د/ محمود السيد عمر التحيوى، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبره، دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٢.

١١– د/ محمود مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية ، ط ٢ سنة ١٩٩٩.

١٢– د/ نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادى الدولى، منشأة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٠.

١٣– د/ وجدى راغب ، مفهوم التحكيم وطبيعته، الدوره التدريبية للتحكيم، كلية الحقوق – جامعة الكويت سنة ١٩٩٣.

١٤– د/ وجدى راغب ، هل التحكيم نوع من القضاء ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، السنة ١٧ العدد الأول والثانى، مارس ويونيو سنة ١٩٩٣.